19°



POR DOÑA MARIA MONTESER, COMO TVTORA DE SVS HIJOS, Y DE DON IVAN DE VALLEJO SV MARIDO, VEINTIQVATRO QVE FVE DESTA CIVDAD,

CONTRA DON FERNANDO DE VALLEJO, COMO POSSEEDOR DEL VINCVLO Y PATRONATO QVE FVNDO IVAN SERRANO.



RETENDE DON FERNANDO DE Vallejo, cobrar el daño q̃ D. Iuan de Vallejo su padre, dize, hizo siendo posseedor del mismo vinculo, en arrancar ochenta alançadas de oliuares, y derribar vna casa y molino que tenian, que todo pertenece al dicho Patronato. Y los menores pretenden, que su padre q̃ no hizo ningun daño: porque

el

el arrancar los oliuares, fue buena administracion, por ser muy viejos, llenos de marras y çarças, maltratados y inutiles, y que no tenian casa, ni molino al tiempo que entrò en ellos Don Iuan de Vallejo, antes, ni despues, y que el beneficio que se les hazia, era perdido. Esto està probado con gran numero de testigos; y aunque se leyeron algunos a la vista, se reparò en que no dezian del estado que tenian los oliuares indiuidualmente al tiempo que entrò a posseerlos Don Iuan de Vallejo: pero todos concluyen, que al tiempo y quādo los posseyò Don Iuan de Vallejo, estauan maltratados y inutiles, y lo demas que està referido. Y esto es vn modo de dezir tan vniuersal, que comprehende y incluye en si todo el tiempo que Don Iuan de Vallejo posseyò: porque los testigos no deponen de tiempo limitado, y se han de interpretar conforme al articulo; y muchos dellos dizen hasta el dia que los arrancò Don Iuan de Vallejo, suponiendo que deponen de todo el tiempo de su possession hasta aquel dia. Pero no es menester mas interpretacion, que la de vnos testigos con otros; y como no se leyeron todos, no se han visto los q̄ deponen, no solo del tiempo que entrò D. Iuan de Vallejo, si no de antes que posseyera, assi en quanto al mal estado del oliuar, como en quanto a que no tenia casa ni molino antes que entrâra, y siempre estuuo derribado desde que los testigos se saben acordar, como lo dizen en la segunda y tercera pregunta Iuan Garcia Gines, Pedro de Espinosa, Luis Gonçalez, Bernardo Hernandez, Iusepe Hernandez, Iuan Ortiz, Alonso Sanchez, que se pueden mandar leer, porque satisfazen concluyentemente. Y se ha de aduertir, que en quanto al estado que tenian los oliuares, no ay probança en contrario, y la que ha hecho Don Fernando, prueba contra èl; porq̄ ha presentado las escrituras de las vētas de los oliuos, y por ellas consta, que solo se vendieron 2U. y tantos pies. Y bien se arguye el mal estado del oliuar, pues en ochenta arançadas de tierra, no se sacaron mas pies que los referidos: y no se puede presumir que auia mas, pues no se prueba, antes se coadjuba la probança, de que auia muchas marras, y que estauan perdidos.

His suppositis, dos dudas parece se ofrecierō a la vista de este pleyto: la vna, si pudo Don Iuan de Vallejo arrancar estos

tos oliuares: y la otra, si tuuo obligacion de emplear para el vinculo el precio de la leña, y oliuos cortados.

Y antes de entrar en la disputa, se ha de suponer, q̃ la demanda que ha puesto Don Fernando Vallejo, es de daño: y teniendo obligacion, como actor, de probar el daño cócluyentemente, no lo prueba, porque no basta probar que Don Iuan de Vallejo arrancò oliuares, porque era necessario que probasse, que los oliuares erã muy buenos y frutiferos, *vt in specie tradit Beroyus cons. 54. vol. 3. n. 9. ibi: Quod etiam suadetur, quia cùm hoc sit fundamentum intentionis volentis vsufructuarium expellere, videlicet, quod fuerint incisæ arbores fructiferæ, & viridæ, debet illud probare, & liquidare. l. ei qui, C. de probat. cum similibus. Neque sufficit cõstare fuisse incissas arbores simpliciter, quoniam vsufructuarius arbores demortuas potuit de iure incidere. l. æquissimus, §. 1. cum seq. l. agri, ff. de vsufruct. §. sed si gregis, instit. de rerum diuiss. l. forma, ff. de censibus. Sed in casu nostro non fuit liquidatum vsufructuarius incidisse arbores virides, & fructiferas, ergo, &c.*

Y no bastaria qualquiera probança ordinaria del daño, porque como trata de impugnar vn hecho que hizo su padre, necessita de mas exacta probança; porque el padre tiene por si la presuncion, de que el auer cortado y arrancado los arboles, no fue por hazer daño ni disipar el Patronato, sino por mejor administracion, y mayor vtilidad. porque aũque tal vez en el estraño se presume fraude, esta sospecha cessa en el padre, quia *omnia præsumitur filijs parare. l. nihil, ff. de bonis liberorum. Ita in specie considerat Pinelus de bonis mater. l. 1. 2. p. n. 62.* donde resuelue, que el hecho del padre no se ha de regular por las reglas ordinarias de qualquier vsufructuario y administrador, *quia arbitrio patris tota administratio committitur.* Y assi es necessario que constasse por probança superior, que su padre tuuo dolo, y que los oliuares cortados eran muy frutiferos y buenos, y que con arrancarlos se hizo notable disipacion, y daño. Y pues esto no està probado, basta para que se den por libres los bienes de Don Iuan de Vallejo.

QVE PVDO DON IVAN DE VALLEJO
arrancar licitamente los oliuares.

AVnque el reo no tiene obligacion de probar para ser absuelto, a mayor abũdamiento, y por no dexar el nego-

cio en terminos de presuncion, D. Maria de Montesér tiene probado concluyentemente, que fue buena administracion arrancar los oliuares, porque eran inutiles y infrutiferos, y por lo demas q̃ està referido, y dizen los testigos; con lo qual no ay daño, quia *incisio arborum necessaria culpæ non adscribitur, nec damnosa, seu nociua dici debet, vt tradit Beroius cons. 142. n. 11. vol. 1. ex dicta l. forma, ff. d. censibus.*

Hoc supposito, no ignoramos la regla y doctrina, de q̃ el padre, ni el vsufrutuario, ni otro ningũ administrador puedẽ descepar, ni arrãcar los arboles frutiferos, ni mudar la forma imo tienẽ obligaciõ de cõseruar los bienes, y sustituir otros arboles en lugar de los q̃ se pierdẽ, maximè en bienes de Mayorazgo.

Pero lo especial y lo indiuidual de este pleyto, no fue mudar la forma en los terminos que habla el señor Luis de Molina *lib. 1. cap. 22. n. 7.* cuya dotrina procede en caso, que auiẽdo vna buena viña, se decepasse para plantar oliuar, porque seria de mas fruto; o al contrario: y aun en este caso cõcluye, quod *ex qualitate mutationis formæ à iudicibus pensandum, ac decindẽdum erit.* Y assi esta dotrina no se puede traer para este pleito, porque no pretendemos que Don Iuan de Vallejo quiso hazer de buen oliuar, mejores tierras de labor; sino que quiso arrancar vn oliuar infrutifero y inutil, y reduzir las tierras de labor, o darlas a tributo, conque assegurar vna renta cierta y perpetua, como oy la goza el vinculo: y esto lo pudo hazer licitamẽte, y se probarà por textos, y por dotrinas claras

Pruebalo bien claro el texto en la *l. diuus, ff. de vsu, & habitatione*, donde se dize, que auiendole legado a vno el vsufruto de vna selua non cædua, siendo los arboles inutiles, puede arrancarlos, y venderlos: y esto es, porque si no le fuera licito al vsufrutuario cortar los arboles infrutiferos y venderlos, no tendria ningũ fruto ni aprouechamiento del legado, ait textus, *Quia nisi liceret legatarijs cædere siluam, & vendere, quemadmodum vsufructuarijs licet, nihil habituri essent ex eo legato.*

Pruebase tambien por la *l. ex silua, ff. de vsufructu*, donde se dize, que el vsufructuario puede cortar de la selua *non cædua, dum ne fundum deteriorem faciat.* Y siendo como los arboles son inutiles y infrutiferos, por arrãcarlos no se deteriora el fundo; y assi à cessante ratione legis procede bien su disposicion

Y es

Y es buen texto para este intento la *l. forma, ff. de censibus, in fine*, donde auiendo dicho que no puede el censatario mudar la forma de los bienes, ni contar los arboles, lo limita el texto, ibi: *Nisi causam excidendi censitori probabit*. Luego si probàre q̃ fue buena administracion, porque los arboles eran inutiles, y que se asseguraua mas bien la renta en la tierra, cessarà la prohibicion.

Cæterùm est textus *in l. æquissimum aliàs, l. si cuius, §. & si forté, ff. de vsufruct.* donde expressamente se prueba, que se puede arrancar la viña y el oliuar, para hazer mas segura y perpetua la renta. *Et si forté* (ait textus) *in hoc quod instituit, plus redditus sit, quàm in vineis, vel arbustis, vel oliuetis, quæ fuerunt: forsitam etiã hæc deijcere poterit, siquidem ei permittitur meliorare proprietatem.* Y aunq̃ este texto parece que prueba que se puede mudar la forma, para que se concuerde con otros que lo prohiben, se puede põderar la palabra *forsitam*, que induze disposicion especial, solo en el caso que el oliuar, o la viña era inutil; que estonces no es mudar la forma, sino hazer mejor la propriedad, como pondera Escobar infra referendo.

Vltimò se puede ponderar el texto *en la l. Titius 54. ff. ad Trebelian.* donde se prueba, que el fideicommissario grauado de restituir, *potest bona fideicommissi bona fide diminuere, nec ab eo id exigi potest, nisi interuertendi fideicommissi gratia tale quid fecerit.* Luego el que sacò los arboles, no por disipar ni deteriorar, sino por inutiles y con buena fee, no hizo daño, y lo pudo sacar.

Esta conclusion no està desvalida de padrinos, porque la tiene *el señor Luis de Molina de primogen. lib. 1. cap. 22. nu. 5* donde auiendo dicho que no puede el posseedor de el Mayorazgo cortar los arboles frutiferos ex silva non cædua, y que tiene obligacion de poner otros en su lugar, lo limita en caso que *Silua ex incissione earum fructuosior reddatur, vel eiusdem qualitatis silua sit, quod nisi arbores cæderentur, vsusfructus inutiles redderetur; tũc nãque maioratus possessor iuxta consuetudinem cædere poterit.* Que mas ajustado lugar puede ser para este pleyto, pues aqui està probado, que el oliuar estaua de calidad que no daua fruto, que fue buena administracion con sacarlo, y tambien està probada la costumbre de que lo mismo hazian otros posseedores de Mayorazgos, sobre q̃ ay pregunta y probança particular? *Iuan Gutierrez de tutelis, 3. p. cap. 27. n. 16.* donde refiere las mismas palabras del señor Luis de Molina: y en el num. 17. tie-

ne, que se puede cortar los arboles, *quando nullus ex illis fructus percipi possit.* *Rebuso in l. silua cædua, ff. de verb. signif. vers. octauo.*

El señor Don Iuan del Castillo latamente *in tract. de vsufructu, cap. 25. n. 39. & n. 22.* donde *ex pluribus comprobat pro certo esse, quod vsufructuarius potest excidere arbores sicas, aridas, & vetustas. Carrotius de locato, quæst. 8. folio mihi 198. n. 29.*

Valascus consultatione 50. per totam, præcipuè num. 5. donde se determinò en fauor de vn emphiteuta, que auia arrancado vn oliuar, y puesto viña; porque probò *oliuetum fuisse iam antiquũ, & modicum fructum solere dare, & aliquot ex illis arboribus ferè inutiles esse,* que es lo mismo que aqui està probado.

Eleganter *Tiraquel. de retract. conuent. §. 3. gloss. vnic. n. 30.* ibi: *Quinto & vltimo intellige, nisi aliás silua non cædua esset ei inutilis, cui vsus, vel vsusfructus relictus est, nam tunc ei licebit, & huiusmodi arbores huius siluæ cædere, & vendere, per textum notabilem in l. diuus, & ibi Albericus, ff. de vsu, & habitat. quam ita intellige Azon in summa, instit. eodem. Nam id generale est, vt quælibet dispositio ita intelligatur ne sit inutilis, l. quoties in actionibus, ff. de reb. dub.*

Escobar de ratiocinijs, cap. 19. n. 14. cum seqq. donde disputa la question pro vtraq̃ parte; y auiendo opuesto la *l. si fundus sterilis, ff. de rebus eorum,* vbi *tutori interdicitur ne fundum minoris sterilem vendat, etiam si ex prætio alium fructiferum emere possit.* Resuelue lo contrario por la *l. æquissimum, §. & si forté, ff. de vsufruct.* Y cócluye diziendo; *Neque obstat text. in l. si fundus sterilis, quia ille text. non loquitur de fundo omnino infructifero, sed de eo qui parum aliquid tamen in fructu reddit. Et cúm iam mihi hæc quæstio in facto contingisset, & cõdemnatus essem ad restitutionem certarum vinearum cum dãnis, quæ præsupponebantur eo quod me mutasse illas ad aramium probatum fuerat. Tamen ex mea parte fuit probatum illas tempore acceptæ possessionis iudicialis incultas à tribus annis retrò extitisse; & ideo executione hac ad Curiam deuoluta, ad redditum tantùm me teneri, quod in terra reddiderunt fui condemnatus.*

Pinelus de bonis matern. l, 1. 2. p. num. 59. vers. quod si vsusfructus.

Corbulus de iure emphite. tit. de caus. priuat. ob rei deteriorat. fol. 558. n. 30.

QVE NO TVVO D. IVAN DE VALLEJO obligacion de emplear el precio de los oliuares para el Mayorazgo.

SVpuesto que pudo arrancarlos, como queda probado, se sigue por consequencia necessaria, que el precio que procedio

cedio de ellos, fue proprio de Don Iuan de Vallejo, y aprouechamiento de su tiempo, como se prueba bien dela *l. diuus* que está referida, *ff. de vsu, & habitat.* ibi: *Cædere, & vendere.* con que parece que el Consulto no resoluia bien la duda con solo dezir q̃ podrà cortar los arboles, sino dezia, y venderlos, como cosa dependiente vna de otra. Lo mismo prueba la *l. item, §. nam etsi fundi, ff. de vsufruct.* ibi: *Nisi fortè salictiei, vel siluæ palaris, vel arundineti vsusfructus sit legatus, tunc enim & vendere potest; nam & Trebatius scriuit siluam cæduam, & arundinetum posse fructuarium cædere sicas paterfamilias cædebat, & vendere licet, paterfamilias non solebat vendere, sed ipse vti.* Y la *glossa* infiere lo mismo dela *l. ex si ua, ff. de vsufruct. verbo sumpturum,* ibi: *Ab vendendum.* De manera, que aunque la selua sea non cædua, como es el oliuar, dado caso que se pueda cortar por ser inutil, como aqui, procede lo mismo que si fuera silua cædua. Y aũque enel vsufructuario puede tener esto alguna duda por lo que se nota en la *l. diuortio, §. si fundũ, ff. solut. matrim.* & alijs, quæ tradit *dominus Molina de primogen. dicto cap. 22. n. 6* enel posseedor del Mayorazgo no la tiene, porque es verdadero dueño, vt tradit ipse *Molina vbi proximé,* donde duda si los arboles fructiferos, *quæ vẽto euulsæ sunt, cædant lucro maioratus poßessori, an debeant vendi, prætiumque eorum in vtilitatem maioratus conuerti.* Y auiendo puesto la dificultad en el vsufructuario, dize: *Sed quãuis hoc in fructuario statutum sit, contrarium in maioratus poßessore dicendum erit, cùm ipse verus dominus sit, non autem vsusfructuarius, quod ex eisdem legibus, quas paulo ante adduximus, probatur cúm ex earum dispositione arbores hæ ad verum dominum pertineant, quod si ad dominum pertinent, ergo ad maioratus poßessorem pertinebunt, cúm in re maioratus nullus alius, qui eo viuente posit huiusmodi emolumenta percipere, &c.* Esta misma distincion y opinion sigue y refiere *Iuan Gutier. de tutel. 3. p. c. 27. n. 21* nouissimè *Noguerol allegat. 1. n. 35. D. Castill. de vsufruct. c. 5. n. 3.*

Y no obstarà se oponga de la misma doctrina de el señor Molina, en que parece limita lo que queda dicho, quando consiste en los arboles toda la sustancia del Mayorazgo, porque habla de arboles fructiferos arrancados con el ayre, y en caso que el fundo no puede ser vtil para otra cosa; y aqui se trata de arboles arrancados por inutiles: y en ellos no consiste toda la sustãcia del Mayorazgo, porque tiene otros muchos bienes y casas en esta Ciudad, como cõsta dela fundacion, y el fundo quedò mejorado con arrancalle los arboles,

les, porque se diò a tributo la tierra; conque quedò mas perpetua y segura la renta. Y assi se ajusta en todo indiuidualmente la doctrina.

Todo esto se ha dicho ex abundanti, porque Don Iuan de Vallejo no se aprouechò del precio de los arboles, ni de tal consta, sino que mejorò y labrò las casas principales del vinculo, y les metio agua, y hizo cañeria, enque gastò lo mismo que importan los oliuos vendidos, como està probado bastantemente. Y assi aun quando fuera necessario emplear el precio de ellos, se halla empleado y conuertido en vtilidad de el mismo Patronato. Conque de primo ad vltimũ se funda la justicia de los menores bastantemente, para que se cõfirme la sentencia, saluo, &c.

Don Lorenço del Castillo y Gallegos.